



EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

José JUSTE RUIZ

SUMARIO: INTRODUCCION. I Parte.—*El Derecho Internacional General en la Constitución de 1978*. II Parte.—*El Derecho Internacional Convencional en la Constitución de 1978*. A. COMPETENCIA PARA LA CELEBRACION DE TRATADOS. 1. Elaboración del tratado: negociación, adopción y autenticación del texto. 2. Conclusión del tratado: prestación del consentimiento del Estado en obligarse. a) Tratados que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución (artículo 95). b) Tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (artículo 93). c) Tratados que por razón de la materia requieren para su conclusión la previa autorización de las Cortes (artículo 94, 1). d) «Restantes» tratados cuya conclusión requiere únicamente la inmediata información de las Cortes (artículo 94, 2). 3. Derogación, modificación, suspensión y denuncia de los Tratados. B. INTEGRACION DE LAS NORMAS ESTABLECIDAS EN LOS TRATADOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO. 1. Rango jerárquico. 2. Aplicación por autoridades y Tribunales. CONCLUSION.

INTRODUCCIÓN.

De entre las múltiples cuestiones reguladas en la Constitución de 29 de diciembre de 1978 que afectan al Derecho internacional público¹, el presente trabajo va a detenerse en una que presenta un carácter en cierto modo central: la del tratamiento que el texto constitucional depara al Derecho de Gentes en su doble vertiente «general» (la costumbre internacional y los

1. Estas cuestiones fueron objeto de una exhaustiva ponencia del profesor REMIRO BROTONS titulada *El Anteproyecto de Constitución de 1978 y el Derecho internacional público* que fue debatida en la Reunión de Profesores de Derecho internacional celebrada en Madrid los días 1 y 10 de febrero de 1978. El trabajo del profesor TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE,

principios generales de Derecho) y «convencional» (los tratados internacionales).

Por lo que hace al Derecho internacional general, la regulación constitucional es, si no absolutamente inexistente como en la época precedente, sí, al menos, excesivamente parca. En particular, el importante tema de la integración de las normas generales de Derecho internacional en el ordenamiento interno español es únicamente objeto de un tratamiento indirecto y poco explícito, lo que constituye sin duda una grave carencia del texto constitucional.

Por lo que respecta al Derecho internacional convencional la nueva Constitución presenta, sin embargo, una regulación más detallada. El Título III de la misma, relativo a las Cortes Generales, contiene un Capítulo III consagrado específicamente a los Tratados Internacionales. Los artículos 93 a 95 del mismo regulan así con cierto detenimiento las cuestiones relativas a la celebración de las distintas categorías de tratados allí enumerados. Y el artículo 96, que cierra este capítulo, se refiere a las condiciones substantivas y de procedimiento que deben observarse para su derogación, modificación, suspensión o denuncia, así como al espinoso tema de la integración de las normas contenidas en los tratados internacionales en el ordenamiento interno español.

Esta regulación constitucional, escasa en lo que hace al Derecho internacional general y algo más prolija en lo que afecta a los tratados internacionales, es en todo caso más compleja de lo que puede parecer a primera vista. Por ello conviene, aunque sólo sea con la inevitable provisionalidad de un primer examen, tratar de determinar su sentido y precisar su contenido y alcance.

El Derecho internacional público en la Constitución española de 1978, en *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid (UNED) 1978, t. II, pp. 163-194, se ocupa también de modo genérico de las diversas cuestiones reguladas por la Constitución actual que afectan al Derecho internacional público: Protección de los Derechos Humanos; Acción de paz y cooperación internacional; Nacionalidades y Derecho de autonomía; Normas generales de Derecho internacional; Autoridad de los tratados internacionales en el Derecho interno.

Esta vasta panoplia de cuestiones específicamente internacionales han sido abordadas, sin embargo, sin el debido asesoramiento de los expertos en la materia: los internacionalistas (a diferencia de lo que, con mejor criterio, se había hecho en otros países, por ejemplo en Italia: Cf. CASSESE, A. *Il contributo degli internazionalisti ai lavori del Ministero per la Costituente*, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LX (1977) pp. 47-58).

Parte I

*El Derecho Internacional General
en la Constitución de 1978*

La doctrina internacionalista emplea comúnmente la expresión «Derecho internacional general» para referirse a las normas no escritas de proyección universal: la costumbre internacional y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas². En Derecho internacional, las normas en cuestión obligan por igual a todos los Estados y su violación constituye un acto ilícito determinante de responsabilidad internacional. La jurisprudencia del Tribunal de La Haya ha proclamado invariablemente la primacía del Derecho internacional general sobre los distintos ordenamientos internos siendo especialmente significativa para lo que aquí interesa su afirmación de que «(un) Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para substraerse a las obligaciones que le impone el Derecho internacional»³.

Con estas premisas, y siguiendo el precedente de la Constitución de Weimar de 1919⁴, nuestra Constitución republicana de 1931 incluyó en su Título Preliminar un artículo 7 a cuyo tenor: «El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional incorporándolas a su Derecho positivo»⁵. Asimismo, un creciente número de Constituciones modernas han

2. *Vide* art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, párrafo 1, b) y c). Obsérvese, sin embargo, que, pese a ser de uso común, la identificación del Derecho internacional general con la costumbre y los principios generales no es en todo caso rigurosamente exacta: de un lado porque no todas las normas de esta naturaleza poseen efectivamente una dimensión universal (así, la costumbre regional o local o los principios vigentes entre un determinado grupo de Estados, como los Estados socialistas); de otro porque no sólo la costumbre y los principios generales pueden eventualmente alcanzar tal proyección ecuménica (así también ciertos tratados, como la Carta de las Naciones Unidas). Cf. JUSTE RUIZ, *Las obligaciones «erga omnes» en Derecho internacional público*, Estudios de Derecho internacional; Homenaje al profesor Miaja de la Muela, Madrid (Tecnos) 1979, t. I, pp. 222, 226-227.

3. Tribunal Permanente de Justicia Internacional (en adelante TPJI). Dictamen sobre el tratamiento de los nacionales polacos en el territorio libre de Dantzig. *Publications de la Cour*, Série A/B n.º 44, p. 24.

4. «Art. 4. Las reglas universalmente reconocidas del Derecho internacional valen como parte integrante del Derecho alemán».

5. *Vide* los elogiosos comentarios que este artículo suscitó en autores tales como MIRKINE-GUETZEVICH, GEORGESCU o GEORGES D'OR, en RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Bolonia 1976, p. 46.

afirmado en términos más o menos categóricos el principio de la integración del Derecho internacional general en sus respectivos ordenamientos⁶.

En contraste con la tendencia del moderno constitucionalismo comparado, las Leyes Fundamentales del período franquista, refractarias a todo internacionalismo, no incluyeron referencia alguna al Derecho internacional general. Sin embargo, por caminos diversos, la doctrina especializada ha venido manteniendo que el compromiso expresado por nuestra constitución de 1931 en favor del acatamiento de las normas universales de Derecho internacional no había quedado radicalmente desvirtuado por el silencio de las Leyes Fundamentales⁷. Y lo que es más, la propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo parece haber respaldado en alguna medida esta tesis al tomar expresamente en consideración, como base de sus razonamientos jurídicos, las normas generales de Derecho internacional en algunas sentencias dictadas durante el período de referencia⁸.

6. Así la Constitución francesa de 1946, Preámbulo; la italiana de 1947, art. 10; la de la República Democrática Alemana de 1949, art. 5; la de la República Federal Alemana de 1949, art. 25; la griega de 1975, art. 28; la portuguesa de 1976, art. 8. De entre todas ellas, la más acusada expresión internacionalista es la efectuada por el artículo 25 de la Constitución de la República Federal Alemana de 8 de mayo de 1949: «Las normas generales del Derecho internacional forman parte integrante del Derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuente directa de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal». Vide, DE VISSCHER, P.: *Les tendances internationales des Constitutions modernes*. R.C.A.D.I., 1952-I, t. 80, pp. 515-573.

7. Tal es la opinión mantenida por el maestro MATA DE LA MUELA: «En cuanto al Derecho internacional general, derogado el artículo 7.º de la Constitución republicana, hay que pensar, no obstante, que si el Estado español lo incorporó a su Derecho positivo, esta incorporación no ha caducado por la pérdida de vigencia de aquella Constitución ni hay que creer tampoco que España se haya desentendido unilateralmente de la obligación que un día asumió». *Introducción al Derecho internacional público*, sexta edición. Madrid, 1974, p. 248. Por su parte, RODRÍGUEZ-ZAPATA ha mantenido también esta postura invocando al respecto los siguientes argumentos suplementarios: que el principio de la primacía del Derecho internacional general forma parte de una tradición jurídica española con la que las Leyes Fundamentales no querían romper sino enlazar; que, de no existir una disposición, expresa en contrario, se debe considerar que en todo ordenamiento existe una norma tácita de adopción automática de las normas de Derecho internacional general; y que el principio del acatamiento de las normas universales de Derecho internacional constituye uno de los «principios generales» a los que nuestro Código Civil confiere el carácter de fuente del ordenamiento. Cf. *Op. cit.*, pp. 42-52.

8. Aunque la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no sea en este punto abundante, ni tampoco absolutamente rectilínea, sí cabe señalar algunas sentencias en las que las normas generales de Derecho internacional han sido expresamente tomadas en consideración. Un primer

Así las cosas, los miembros de la Ponencia constitucional elaboraron un «borrador» de Constitución que, en la versión inicialmente filtrada a la prensa, incluía un artículo 7 cuyo párrafo 1 proclamaba tajantemente que «(l)as normas generales de Derecho internacional tienen fuerza de ley en el ordenamiento interno»⁹. Sin embargo, por razones que lamentablemente han quedado sepultadas en el secreto¹⁰ los miembros de la Ponencia variaron inopinadamente su orientación inicial elimi-

precedente negativo es el de la sentencia del T.S. (Sala 2.ª), de 5 de enero de 1965 que rechazó la inmunidad de jurisdicción penal de la esposa de un miembro de la misión diplomática de los EE.UU. en España, inmunidad que, aun estando reconocida por las normas del Derecho internacional general «no son preceptos... que puedan fundamentar un recurso de casación por infracción de ley». Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia*, 1965, n.º 2. Vide las notas de GONZÁLEZ CAMPOS en Revista Española de Derecho Internacional (en adelante REDI) 1966, pp. 550-559 y PECOURT GARCÍA, *Derecho internacional privado español, jurisprudencia sistematizada y comentada*, t. I, Pamplona (Eunsa) 1976, pp. 267-273. Por el contrario, la sentencia del T. S. (Sala 4.ª) de 29 de enero de 1974 reconoció la relevancia de las normas de Derecho internacional general relativas a la protección de la propiedad privada extranjera aunque denegara su pertinencia en el caso de autos por no tratarse de un verdadero supuesto de expropiación sin indemnización. Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia* 1974, n.º 654. Vide la nota de GONZÁLEZ CAMPOS en REDI 1976, pp. 486-490. Por su parte, la sentencia del T. S. de 25 de marzo de 1974 (Sala 2.ª) señaló que el principio de la territorialidad de la ley penal proclamado en los arts. 8 del Código Civil, 333 de la LOPJ y 29 del Real Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852 «tiene la tradicional excepción, derivada del Derecho internacional público, que exige la salvaguardia de las personas extranjeras que actúan oficialmente en país extraño, por respeto a la soberanía de la Nación que pertenecen, y misión que desarrollan». Aranzadi, *Jurisprudencia* 1974 n.º 2224. Vide la nota de GONZÁLEZ CAMPOS en REDI 1976, pp. 491-499. Asimismo, la sentencia del T. S. (Sala 3.ª) de 18 de diciembre de 1974 afirmó en uno de sus considerandos que el principio de la audiencia del interesado constituye un «trámite esencialísimo e incluso sagrado» por acatamiento a la máxima evangélica en virtud de la cual nadie puede ser condenado sin ser oído..., garantía de ámbito universal incorporada al artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada en 1948 por las Naciones Unidas y acogida plenamente, a través de sus distintas manifestaciones en el ordenamiento jurídico español...». Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia*, 1974, n.º 4968. Vide la nota de VILLAN DURAN en REDI 1977, pp. 147-151.

9. Vide el texto íntegro del «borrador» de Constitución en el diario *El País* del viernes 25 de noviembre de 1977. Vide también el comentario de J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE en *Diario 16* de 13 de diciembre de 1977, que considera poco progresista la atribución a las normas de Derecho internacional general de simple «fuerza de ley» (art. 7, párrafo 1) mientras que a los tratados internacionales se les reconocía «jerarquía superior a las leyes» (art. 7, párrafo 2).

10. Lamentable es, en efecto, la carencia de publicidad de los trabajos de la Ponencia que nos ha ocultado totalmente los debates relativos a la elaboración del Anteproyecto de Constitución y sólo nos ha permitido conocer parcialmente las razones del tratamiento deparado a las 3.100 enmiendas presentadas a través de las cabalísticas referencias contenidas en el *Informe de la Ponencia* de 17 de abril de 1978.

nando del texto definitivo del Anteproyecto la primitiva referencia contenida en el artículo 7 párrafo 1 a las normas generales de Derecho internacional. Este súbito cambio de rumbo no pasó, sin embargo, desapercibido a algunos grupos parlamentarios que con sus enmiendas pusieron el dedo en esta llaga del Anteproyecto de Constitución. Así los grupos *Socialistes de Catalunya* y Socialistas del Congreso postularon el mantenimiento de un artículo 6, párrafo 1 a cuyo tenor «(l)as normas generales y universales del Derecho internacional son parte integrante del Derecho español y obligan a los poderes públicos, a todos los ciudadanos y a los extranjeros que habiten en España»¹¹. Por su parte el grupo parlamentario comunista propugnó la adopción de un artículo 6, párrafo 2 que afirmase que «(l)os principios y las normas generales del Derecho internacional forman parte del ordenamiento español»¹². Sin embargo, los «siete magníficos» se mantuvieron pertinaces en su nueva postura, afirmando en su informe de 17 de abril de 1978 que «(n)o acepta la Ponencia, por mayoría, aquellas enmiendas que pretenden otorgar jerarquía superior a la de las leyes a las normas de Derecho internacional general por entender que el contenido de estas normas es impreciso»¹³.

Esta actitud de la Ponencia, y la superficial explicación justificativa de la misma, parecen sin embargo responder más a un imperativo de simplificación y economía de esfuerzos, que a un expreso designio de rechazar todo valor jurídico en nuestro ordenamiento interno a las normas universales de Derecho internacional. Con todo, lo cierto es que la referencia al Derecho internacional general nunca más encontró su sitio en los diversos estadios del proceso constituyente, de modo que la actual Constitución de 29 de diciembre de 1978 carece de

11. Congreso de los Diputados, *Anteproyecto de Constitución. Índice de enmiendas por artículos*, Enmiendas n.º 248 y n.º 330. Obsérvese la semejanza de estas enmiendas con el artículo 25 de la Constitución de la RFA citada *Supra* nota 6.

12. *Ibid*, Enmienda n.º 697.

13. Boletín Oficial de las Cortes (en adelante B.O.C.) n.º 82, 17 de abril de 1978, *Congreso de los Diputados, Anteproyecto de Constitución: Informe de la Ponencia*, p. 1.524. Obsérvese que las enmiendas rechazadas por la Ponencia lo son únicamente en la medida en que «pretenden otorgar jerarquía superior a la de las leyes a las normas de Derecho internacional general»; ello traduce un cierto designio de no incorporar en la Constitución una proclamación expresa de la primacía del Derecho internacional general (jerarquía), pero no presupone en modo alguno una toma de posición contraria a la vigencia substancial de tales normas en nuestro ordenamiento (relevancia interna).

una disposición genérica que proclame de modo directo la vigencia de las normas universales de Derecho internacional en nuestro ordenamiento interno.

Este silencio constitucional, que contrasta con el expreso lenguaje de otras constituciones democráticas recientes¹⁴, nos retrotrae en cierto modo a la situación existente en este punto durante el período de las Leyes Fundamentales franquistas. En el plano doctrinal, las tesis de la tradición inveterada, de la norma tácita, de la persistencia del compromiso internacionalista expresado por el artículo 7 de la Constitución republicana, podrían replantearse aquí con la misma fuerza que lo hicieron en la época anterior para justificar el principio del acatamiento de las normas de Derecho internacional general.

Tales razonamientos teóricos, respaldados como hemos visto en alguna medida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹⁵, no son sin embargo las únicas vías por las que puede llegarse hoy al mantenimiento del principio de la primacía de las normas generales de Derecho internacional sobre el resto de las disposiciones de nuestro ordenamiento. En efecto, aunque la actual Constitución no contenga una proclamación genérica reconociendo el valor del Derecho internacional general en el Derecho interno español, algunos de sus artículos sí contienen declaraciones indirectas pero expresas que permiten establecer no sólo su vigencia sino incluso su prevalencia sobre el resto de las normas de nuestro ordenamiento.

Cabe citar así, en primer lugar, el artículo 10, párrafo 2 de la Constitución que afirma que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos deben interpretarse «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Esta referencia específica a la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo sentido por lo demás supera lo puramente hermenéutico¹⁶, constituye sin duda una clara remisión al Derecho inter-

14. *Vide supra* nota 6. También: CALAMIA, A. M. *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale consuetudinario nelle più recenti costituzioni*, Rivista di Diritto Internazionale. vol. IX (1977) pp. 59-74.

15. *Vide supra* nota 8.

16. *Vide* en este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado de 30 de diciembre de 1978, n.º 7/78. Misiones en relación con los preceptos contenidos en la Constitución. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1979 (n.º 1155); también en Aranzadi, *Repertorio de Legislación* 1979, n.º 613, pp. 757 y ss.

nacional general del que la Declaración forma hoy parte integrante¹⁷.

Por lo demás el principio de la primacía del Derecho internacional general aparece asimismo indirecta pero expresamente proclamado en el propio texto del artículo 96 cuyo párrafo 1 afirma que: «(las disposiciones de los tratados) sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». Al atribuir así expresamente al Derecho internacional general una virtualidad que no poseen en sí mismas las propias disposiciones legislativas internas, el texto constitucional ha reconocido incontrovertiblemente la prevalencia de las normas generales de Derecho internacional sobre las restantes normas de nuestro ordenamiento interno. En efecto, como ha dicho el profesor Tomás ORTIZ DE LA TORRE, «si los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez que hayan sido publicados oficialmente en España forman parte del ordenamiento interno... y sólo sus disposiciones o las normas generales de Derecho internacional pueden derogarlos, modificarlos o suspenderlos, es tanto como decir que la ley interna no puede atacarlos, y que los tratados tienen entonces un valor superior a la ley, y si las normas generales del Derecho internacional tienen «poder» sobre ellos, parece evidente que éstas no podrán ser atacadas por las leyes internas»¹⁸.

Pese a la eliminación de la inicial disposición del artículo 7, párrafo 1 del Anteproyecto, afirmativo de la superioridad del Derecho internacional general, no faltan pues razones teóricas y positivas que permiten mantener hoy esa misma tesis a la luz (algo difusa, eso es verdad) del actual texto constitucional. En particular, las disposiciones contenidas en los artículos 10, párrafo 2 y 96, párrafo 1 *in fine* de la Constitución parecen expresar con suficiente claridad el designio de nuestra ley fundamental de proclamar la integración y la jerarquía normativa del Derecho internacional general en el ordenamiento interno español.

Tal principio, que junto a su trascendencia teórica presenta una notable relevancia práctica en todos aquellos casos en que las normas generales de Derecho internacional sean susceptibles de aplicación en nuestro ordenamiento por referirse a la

17. Cf. JUSTE RUIZ, *Las fuentes jurídicas de las obligaciones internacionales en materia de protección de los Derechos Humanos*. Libro Homenaje al prof. CORTS GRAU. Valencia, 1977, t. I, pp. 463-465.

18. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Op. cit.*, p. 185.

situación de los individuos (derechos fundamentales, condición del extranjero, situación de los refugiados...), ha sido confirmado ya —en espera de que lo haga la jurisprudencia, y en particular la del Tribunal Constitucional— por la muy autorizada opinión de la Fiscalía General del Estado en su Circular de 30 de diciembre de 1978; en efecto, en la mencionada Circular, las normas generales de Derecho internacional contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos (así como en el Convenio para la salvaguardia de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, son tomadas expresamente en consideración en los términos más contundentes como expresión de reglas jurídicas con plena vigencia y jerarquía en el ordenamiento interno español¹⁹.

Cabe pues afirmar, en conclusión que, pese a su redacción timorata y algo elíptica, la Constitución de 1978 ha proclamado en todo caso expresamente no sólo la integración del Derecho internacional general en el ordenamiento español (integración automática, sin que sea necesario acto formal alguno de recepción), sino también su jerarquía superior a las restantes disposiciones de nuestro Derecho. Así, las normas generales de Derecho internacional deberán recibir plena aplicación por parte de las autoridades y Tribunales internos.

Parte II

El Derecho Internacional Convencional en la Constitución de 1978

El tratamiento constitucional del tema del Derecho internacional convencional —los tratados internacionales— plantea fundamentalmente dos cuestiones que serán objeto de examen sucesivo en las líneas que siguen: la de los órganos a los que

19. He aquí los párrafos más expresivos a este respecto de la Circular del Fiscal General del Estado (*vide supra* nota 16): «Para aquellos supuestos en que pudiera parecer escasa o dudosa la literalidad del texto constitucional, deberán los señores Fiscales tener en cuenta, para su más exacta comprensión, no sólo la Declaración de los Derechos Humanos proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sino también los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, así como la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales formuladas en

corresponde la competencia para su celebración y en su caso para su derogación, modificación, suspensión o denuncia; y la de la integración de las normas contenidas en los tratados en el ordenamiento interno español²⁰.

A. COMPETENCIA PARA LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS.

La «celebración» de tratados internacionales constituye una operación que comporta en principio dos etapas distintas: en primer lugar la elaboración material del tratado (negociación, adopción y autenticación del texto); en segundo lugar la expresión del consentimiento del Estado en obligarse²¹. Eventualmente ambas etapas pueden culminar en un mismo momento, de modo que un mismo acto formal constituya al propio tiempo la adopción del texto tratado y la expresión del consentimiento del Estado en obligarse²². Sin embargo, y pese a que estos tratados que la doctrina suele denominar «en forma simplificada» sean cada día más frecuentes en la práctica²³, un mejor enten-

Roma por el Consejo de Europa en 4 de noviembre de 1950, cuyo valor interpretativo o complementario se deduce del artículo 10-2 de la constitución (citada). Todos ellos constituyen el catálogo de vigencias, cuya tutela, protección y defensa atañe al Ministerio Fiscal, no como concepción abstracta y genérica, sino de manera precisa, como misión dinámica fundamental para el mantenimiento del orden jurídico, vigilancia y exigencia de su respeto y satisfacción del interés social. En su consecuencia, cuando las normas reguladoras de esos derechos del ciudadano hayan sido quebrantadas, corresponde al Ministerio Público ejercitar las acciones penales procedentes en orden a la restauración del derecho conculcado y persecución de los infractores y, en su caso, el ejercicio de las acciones o recursos a que puedan dar lugar el desarrollo legislativo de los artículos 53 y 162».

20. Estas cuestiones fueron estudiadas en su día por PASTOR RIDRUEJO, *La estipulación y la eficacia interna de los tratados en el Derecho español*, REDI, vol. XXVII (1964), pp. 39-59.

21. El Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 19 de mayo de 1969, al que España se adhirió el 16 de mayo de 1972, emplea de modo uniforme la expresión «celebración» para referirse tanto a la elaboración material del tratado como a la expresión del consentimiento del Estado en obligarse mediante el mismo. Por lo que hace a la terminología, nuestra actual Constitución ha empleado preferentemente el vocablo «celebración» y sólo el artículo 94, párrafo 2, utiliza la palabra «conclusión» que deben entenderse en todo caso como jurídicamente sinónima. Sin embargo, como luego veremos (*infra...*), lo que en realidad contemplan los artículos 93 a 95 con los términos «celebración» o «conclusión» no es la negociación, adopción y autenticación del texto de los tratados sino la prescripción del consentimiento del Estado español en obligarse.

22. *Vide* artículos 11 y siguientes del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. *Vide* también REUTER, *Introduction au droit des traités*, París 1972, pp. 64-76.

23. Cf. CASANOVAS LA ROSA, *Las formas simplificadas de conclusión de acuerdos internacionales*, Tesis doctoral, Barcelona 1968.

dimiento del régimen que en materia de celebración de tratados establece la Constitución de 1978 exige que examinemos por separado las cuestiones relativas a cada una de las dos etapas descritas.

1. *Elaboración del tratado: negociación, adopción y autenticación del texto.*

Siguiendo la línea general del constitucionalismo comparado, la actual Constitución española no contiene una regulación substancial de esta primera etapa de la celebración de los tratados; así, si se exceptúa la incidencia que en este punto puede presentar la lacónica disposición contenida en el artículo 97 a cuyo tenor «el Gobierno dirige la política interior y exterior»²⁴, el actual texto constitucional no contiene ninguna regulación específica sobre los órganos a quienes corresponde la competencia para la negociación, adopción y autenticación del texto de los tratados.

Ante esta situación, parece lógico considerar que algunas de las normas que venían rigiendo en esta materia puedan constituir todavía hoy un válido (no por bueno, sino por único) marco jurídico de referencia. No se trata aquí, obviamente, de volver sobre las Leyes Fundamentales franquistas expresamente derogadas por la actual Constitución²⁵, ni de reproducir *in toto* la caótica ordenación normativa del período anterior²⁶. Se trata

24. Inicialmente el artículo en cuestión hablaba sólo de que el Gobierno «dirige la política». La actual redacción que especifica que el Gobierno dirige «la política interior y exterior» es el resultado de la adopción de una enmienda paralela de los Senadores SARASA y OLLERO, en cuya defensa afirmó éste último que: «poner énfasis en la expresión "exterior" puede significar una potenciación de cuanto se refiere al mundo internacional, compensatoria de la modestia con que, rozando el chauvinismo, se trata en la Constitución del Derecho internacional». *Cortes, Diario de Sesiones del Senado*, n.º 50, Comisión de Constitución, 6 de septiembre de 1978, pp. 2.341-2.343.

25. Cf. Disposición derogatoria, párrafo 1.

26. El caótico estado de esta ordenación fue puesto en evidencia por el propio Pleno del Consejo de Estado que, en su Dictamen de 19 de noviembre de 1971, afirmó que: «La falta de una normativa clara y suficiente enturbia el entendimiento del sistema y puede servir de base para interpretaciones diferentes». Por su parte el Decreto 801/1972 de 24 de marzo, que recoge las afirmaciones reseñadas del Consejo de Estado, añade sobre este punto que: «Estas normas dispersas en distintas disposiciones, no regulan de forma completa y sistemática la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales y, en consecuencia, la práctica administrativa no ofrece la uniformidad deseada, produciéndose con frecuencia contradicciones y disparidades de interpretación». B.O.E. de 8 de abril de 1972, pp. 6.264.

únicamente de buscar en las disposiciones normativas cuya vigencia pueda mantenerse en cuanto no se opongan a la Constitución (Disposición derogatoria, párrafo 3 *a contrario*), las pautas legislativas sobre las que resolver por el momento las cuestiones pendientes en materia de celebración de tratados²⁷.

Cabe referirse así, en primer lugar, a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, cuyo artículo 10, párrafo 5 dispone que «(corresponde al Consejo de Ministros) autorizar la negociación y firma de tratados o acuerdos y convenios internacionales y la adhesión a los ya existentes». El posible significado de tan desafortunado precepto²⁸ sólo comienza a manifestarse con cierta nitidez a partir del Dictamen del Pleno del Consejo de Estado de 19 de noviembre de 1971 en cuya autorizada opinión el Consejo de Ministros es el órgano al que compete la iniciativa substancial en materia

27. En espera del necesario desarrollo legislativo de la Constitución, pueden considerarse todavía vigentes las disposiciones de épocas anteriores que, en su letra y en su espíritu, no se opongan a lo establecido en la actual Constitución (Disposición derogatoria, párrafo 3 *a contrario*). La Circular núm. 1-1979, de 12 de enero, del Fiscal General del Estado sobre adecuación del ordenamiento jurídico a las normas constitucionales, emitida en respuesta a una consulta sobre la vigencia de determinadas disposiciones a los Decretos de Extranjería de 1974 y de Contrabando de 1964, se ha pronunciado con cierta tibieza sobre el efecto derogatorio de la Constitución, aplicando este principio de un modo equívoco. Cf. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 25 de enero de 1979, n.º 1.156. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha seguido en este punto una trayectoria fluctuante: cf. Instrucción de la D.G.R.A. sobre matrimonio civil de 26 de diciembre de 1978, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.154, 1979, p. 86. Resolución de la D.G.R.A. de 21 de marzo de 1979 (doble nacionalidad), *Ibid.* núm. 1.163, 1979, pp. 98-99; Resolución de la D.G.R.A. de 6 de abril de 1979 (matrimonio civil). *Ibid.* núm. 1.167, 1979 pp. 49-51. Por su parte la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid ha extremado los argumentos del «horror al vacío» jurídico para proclamar la vigencia de las disposiciones de la Ley de 29 de mayo de 1976 sobre los derechos de reunión y manifestación que presentan un carácter adjetivo (forma) pero no de aquellas que tengan naturaleza substantiva (fondo) que deben entenderse derogadas por el artículo 21 de la nueva Constitución. Cf. *El País* de 23 de Diciembre de 1979.

28. Junto a otras notorias inconsistencias, el artículo 10, párrafo 5 de la LRJAE presenta la de haber agrupado en un *totum revolutum* operaciones jurídicas de naturaleza tan heterogénea como la negociación, la firma y la adhesión a los tratados, lo cual ha dado lugar a las más disparas (y a veces disparatadas) interpretaciones doctrinales. Por lo que aquí interesa en este momento, parece posible afirmar que, independientemente de las facultades que el citado precepto hubiere querido atribuir al Consejo de Ministros en cuanto a la prestación del consentimiento del Estado en obligarse, lo que el artículo en cuestión sí le confirió en todo caso expresamente es la competencia para «autorizar la negociación y firma de Tratados o Acuerdos y Convenios internacionales»; es decir, la competencia substancial en lo relativo a la elaboración de los mismos.

de celebración de tratados, siendo incluso por sí solo competente para adoptar la decisión de comprometer internacionalmente la voluntad del Estado español cuando la materia objeto del tratado no afecte a la competencia de las Cortes²⁹. En la misma línea se sitúa el Decreto 801/1972 de 24 de marzo sobre ordenación de la actividad del Estado en materia de Tratados Internacionales³⁰, que reitera el papel decisivo que compete al Consejo de Ministros en todo lo relativo a la negociación, autenticación y adopción del texto de los tratados³¹ sin perjuicio de las atribuciones que en este campo corresponden a título propio al Ministerio de Asuntos Exteriores³².

Este mismo régimen puede tener cabida hoy en principio sin excesiva fricción en el nuevo marco jurídico establecido por la Constitución de 1978. En este sentido parece posible afirmar que, pese a las notorias diferencias estructurales que separan a uno y otro órganos, las competencias que las disposiciones del período anterior atribuían al Consejo de Ministros pueden hoy corresponder *mutatis mutandis* al Gobierno³³ cuya figura queda regulada en el Título IV de la Constitución. En particular la lacónica pero expresa disposición contenida en el artículo 97 del texto constitucional a cuyo tenor «el Gobierno dirige la política exterior» parece haber establecido con suficiente claridad que es a dicho órgano a quien compete —en el desempeño de esta vertiente de su función ejecutiva— la autoridad substan-

29. Cf. *Recopilación de Doctrina Legal, Consejo de Estado, 1971-72*, Madrid.

30. Cf. BOE de 8 de abril de 1972. Vide, HERRERO DE MIÑÓN, *Ordenación de la actividad administrativa del Estado en materia de tratados internacionales: el Decreto 801/1972, de 24 de marzo*, Revista de Administración Pública, n.º 68 (1972), pp. 359-371.

31. Cf. Preámbulo, Artículos 1, 9 y 10 del Decreto; Vide YTURRIAGA BARBERÁN, *El Decreto 801/1972 sobre ordenación de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales*, Anuario de Derecho Internacional, vol. I (1974), p. 368.

32. Precisamente el fortalecimiento de las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores en materia de tratados ha sido señalado como uno de los elementos positivos del Decreto 801/1972 por YTURRIAGA BARBERÁN, *Op cit.*, pp. 378-379 y por CORDERO TORRES, *El Decreto sobre ordenamiento de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales*, Revista de Política Internacional (1972), p. 367.

33. Esta misma interpretación puede deducirse de la lectura del propio Reglamento provisional del Congreso de los Diputados de 17 de octubre de 1977 (BOC n.º 21, de 22 de octubre) cuyo art. 109, párrafo 3, afirma que: «Los Tratados y Convenios internacionales de obligada ratificación serán presentados por el Gobierno al Congreso...» (Subrayado añadido). En la misma dirección parece orientarse el Proyecto de Ley del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública que configura la dirección de la política exterior como una competencia propia del Gobierno. Cf. *El País* 3 de enero de 1980.

cial en esta materia. El texto, el contexto y aun el propio espíritu de la Constitución parecen haber seguido aquí la línea marcada por la práctica constitucional de la mayoría de los países que configura la negociación, autenticación y adopción del texto de los tratados como una función propia del Ejecutivo.

Así, independientemente del eventual margen de intervención que por la vía de su función de control pudiera corresponder a las Cortes³⁴, el artículo 97 del texto constitucional atribuye al Gobierno la autoridad substancial en todo lo relativo a esta primera etapa del proceso de celebración de los tratados internacionales. Y bajo su autoridad el Ministerio de Asuntos Exteriores continuará ostentando las atribuciones que el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, expresamente lo reconoce en lo relativo a «la ordenación de la actividad administrativa en materia de tratados» y que incluyen, muy singularmente, la competencia para la negociación, adopción y autenticación del texto de los tratados³⁵.

2. *Conclusión del tratado: prestación del consentimiento del Estado en obligarse.*

Conviene comenzar por examinar en este punto algunas cuestiones de orden general cuyo esclarecimiento previo condiciona el cabal entendimiento del régimen que en esta materia establece la actual Constitución en su Título III. La primera de las observaciones en este sentido es que el texto constitucional, aunque no siempre haya mantenido la consistencia lingüística que hubiera sido deseable, sí ha tenido al menos el acierto de adoptar en este punto la terminología consagrada por el Convenio de Viena de 1969, superando así el extendido error de confundir la «prestación del consentimiento del Estado en obli-

34. En este sentido se preguntaba el profesor FERNÁNDEZ FLORES. «¿Es que es posible que, el Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores, lleve a cabo todo un proceso de negociación de un tratado, sin que las Cortes tengan siquiera conocimiento del mismo?». *La Constitución Española de 1978 y los tratados internacionales* en Estudios sobre la Constitución Española de 1978, Zaragoza, 1979 p. 260. En realidad, aunque las posibilidades de control parlamentario son, por la propia naturaleza de las cosas, difíciles de ejercitar en este primer estadio de la elaboración de los tratados, la Constitución prevé al menos tres vías de penetración que podrían utilizarse al respecto: la solicitud de información del artículo 109; los ruegos y preguntas del artículo 111; e incluso la moción de censura del artículo 113 y siguientes.

35. Cf. arts. 1, 3, 9 y siguientes del citado Decreto.

garse por medio de tratados» con las diversas modalidades concretas por las que ésta puede realizarse en la práctica: ratificación, aceptación, aprobación, adhesión, firma, canje de instrumentos o en cualquier otra forma que se hubiere convenido»³⁶. La segunda precisión que conviene hacer a este respecto es que aunque el Capítulo de referencia utilice en repetidas ocasiones el término «celebración», el vocablo no está empleado en su acepción genérica (que incluiría la negociación, adopción y autenticación del texto) sino en un sentido más restringido que se refiere únicamente al acto final de la conclusión del tratado: la prestación del consentimiento del Estado en obligarse³⁷.

Por lo demás, la Constitución de 1978 parece haber configurado la prestación del consentimiento del Estado español en obligarse mediante tratados (*treaty making power*) como el ejercicio de un sistema de competencias compartidas en el que intervienen a título propio y con distinta intensidad según la clase de tratados, tres órganos de naturaleza diferente: el Rey, el Gobierno y las Cortes Generales.

En primer lugar el artículo 63, párrafo 2 establece que: «Al rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y con las leyes». Una meditada interpretación de este texto debe llevarnos sin embargo a la conclusión de que el sentido del mismo no es atribuir al monarca la competencia substantiva para decidir la vinculación del Estado español por medio de tratados³⁸, sino la mera fa-

36. Cf. Artículo 11 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

37. Parece claro, en efecto, que la autorización de las Cortes para la celebración de los tratados a los que se refieren los artículos 93 a 95 de la Constitución no se refiere al momento en que se inicia el proceso de negociación, adopción y autenticación del texto, sino al momento definitivo en el que se va a producir la vinculación internacional del Estado por medio del tratado: la prestación del consentimiento en obligarse.

38. La atribución al Jefe del Estado de la competencia exclusiva para decidir por sí mismo la vinculación internacional del Estado por medio de tratados corresponde a la pasada época de las monarquías absolutas o a los regímenes de gobierno de carácter autoritario. La tradición constitucional española, tanto monárquica como republicana, parece haber seguido aquí la línea de lo que el profesor ROUSSEAU denomina *partage de compétences*, configurando la «ratificación» como una competencia propia del Jefe del Estado que sólo podía ejercerla con la previa aprobación de las Cortes en los casos de determinados tipos de tratados especificados en la propia Constitución (Constitución de 1812, art. 137,7; Constitución de 1837, art. 48,3; Constitución de 1856, art. 55,4; Constitución de 1931, art. 76, e). Durante el periodo franquista, el Jefe del Estado ejerció

cultad formal de «manifestar» esa vinculación que habrá sido decidida previamente «de conformidad con la Constitución y con las leyes». En este sentido, de acuerdo con el esquema de poderes propio de una monarquía parlamentaria (art. 1, párrafo 3) y con el papel genérico que el Título II, en su conjunto, atribuye a la figura del monarca, la función específica que a éste le asigna el artículo 63, párrafo 2, en materia de tratados parece ser de carácter puramente formal. Como encarnación de la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales (art. 56, párrafo 1) las atribuciones del monarca en esta materia son meramente representativas y consisten no en decidir sino sólo en «manifestar» el consentimiento del Estado en obligarse por medio de Tratados³⁹. La competencia que el artículo 63, párrafo 2, atribuye al Rey en materia

discrecionalmente la competencia para la prestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados en base a los poderes generales que le habían atribuido el Decreto de 21 de septiembre de 1936 y las Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939, sin más limitaciones que dar cuenta de ello ocasionalmente a las Cortes conforme a la redacción inicial del artículo 14 de la Ley Constitutiva de las mismas. Cf. PASTOR RIDRUEJO, *op. cit.*, pp. 43-48; CABALEIRO MARTÍNEZ, *La ratificación de los tratados internacionales en el Derecho español*, Libro Homenaje al profesor Legaz Lacambra, Zaragoza 1960, vol. II, pp. 1191; HERRERO DE MIÑÓN, *En torno al artículo 14 de la Ley de Cortes (Contribución al estudio del poder exterior)*, Boletín informativo de Ciencia Política, 1971, pp. 51-79. La adopción de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 cuyo artículo 9 afirmaba que «el Jefe del Estado necesita una Ley, o, en su caso, acuerdo o autorización de las Cortes (para) ratificar tratados o convenios internacionales que afecten a la plena soberanía o a la integridad del territorio español» (y la paralela modificación del art. 14 de la Ley Constitutiva de las Cortes) no significó en realidad un cambio perceptible en la autoritaria manera en que fue conducida la política exterior franquista: el Jefe del Estado continuó ejerciendo de modo personal la competencia para la conclusión de tratados, contando eventualmente con las Cortes únicamente *pour la forme*. Cf. REMIRO BROTONS, *Las Cortes y la política exterior española (1942-1976)*, Valladolid, 1977, pp. 38-55.

39. Esta interpretación parece avalada también por el examen de los trabajos preparatorios de la Constitución que marca una progresiva tendencia a expresar de modo más matizado (y técnicamente correcto) los poderes que corresponden al Rey en esta materia. Así, frente a las iniciales apreciaciones del profesor SÁNCHEZ AGESTA (*Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional*, en Estudios sobre el Proyecto de Constitución, Madrid, 1978, pp. 109-110), parecen hoy más atinadas las afirmaciones de quienes consideran que el artículo 63, párrafo 2 de la Constitución atribuye al monarca en este punto competencias de orden puramente formal: «lo que sí es importante afirmar, en evitación de interpretaciones erróneas, es que aunque al Rey le atribuya el art. 56.1, de nuestra Constitución "la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales" de ello no se puede deducir competencia expresa del monarca en el trámite de ratificación de los tratados...». ALZAGA VILLAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid 1978, p. 594, p. 419.

de tratados presenta, pues, en definitiva, una significación más protocolaria que substantiva y se corresponde básicamente con los poderes que le confiere el artículo 91 en materia de sanción y promulgación de las leyes ⁴⁰.

Si al Rey corresponde sólo la función de «manifestar» el consentimiento del Estado español en obligarse por medio de tratados, la competencia substancial en esta materia pertenecerá por su parte al Gobierno con la necesaria intervención de las Cortes en los términos establecidos en los artículos 93, 94 y 95 de la Constitución.

En efecto, aunque por razones de orden sistemático la figura del Gobierno no haya sido mencionada *expressis verbis* en el Capítulo relativo a los tratados internacionales, cabe reiterar aquí los argumentos expuestos ya en otro contexto (*vide supra*) para llegar a la conclusión de que éste posee en todo caso las competencias generales que a tal respecto le corresponden como órgano que «dirige la política exterior» a tenor de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución. Desde esta perspectiva, en su calidad de director de la política exterior, el Gobierno parece disponer todavía hoy de una amplia iniciativa en materia de conclusión de tratados; pudiéndose incluso mantener que en el momento actual conserva básicamente su validez la afirmación que, desarrollando el sentido del art. 10, párrafo 5 de la LRJAE, fuera expresado por el Dictamen del Pleno del Consejo de Estado de 19 de noviembre de 1971 y confirmado después por el Decreto 801/1972 de 24 de mayo, a cuyo tenor «el Consejo de Ministros (hoy el Gobierno *mutatis mutandis*) es por sí solo competente para adoptar la decisión de comprometer internacionalmente la voluntad del Estado español cuando la materia objeto del tratado no afecte a la competencia de las Cortes» ⁴¹.

Con estos antecedentes, los artículos 93 a 95 de la Constitución han establecido un sistema de competencias compartidas que trata de potenciar en gran medida el ámbito de intervención de las Cortes en materia de conclusión de tratados. Así, aun dejando abierta la posibilidad de que el Gobierno por su propia

40. En este sentido cabría incluso afirmar que la obligación que incumbe al Rey de sancionar, promulgar y ordenar la publicación de las leyes en el plazo de 15 días a tenor de lo dispuesto en el art. 91 de la Constitución, podría aplicarse también analógicamente a los supuestos en los que corresponde al monarca «manifestar» el consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados en virtud del artículo 63, párrafo 2.

41. Decreto 801/1972, de 24 de marzo (BOE de 8 de abril).

iniciativa celebre ciertos tratados sin más limitación que informar de ello a las Cortes (art. 94, párrafo 2), la actual Constitución confiere a éstas una competencia substancial en la prestación del consentimiento del Estado español en obligarse mediante tratados. En particular, el régimen de «autorización» parlamentaria establecido en los artículos 93 a 95, se analiza así como un auténtico elemento constitutivo del consentimiento estatal: la aprobación de las Cortes Generales constituye pues, en definitiva, un elemento integrante del acto jurídico único por el que se expresa válidamente la voluntad del Estado español en obligarse internacionalmente por medio de tratados⁴².

Establecido así el auténtico significado de la «autorización» parlamentaria, podemos pasar a examinar, por orden de intensidad decreciente, las diversas modalidades de intervención de las Cortes Generales en la conclusión de tratados a la luz de los artículos 93 a 96 de la Constitución.

- a) Tratados que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución (Artículo 95).

El artículo 95, permite expresamente la celebración de tratados que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución, estableciendo para ello como exigencia previa que se lleve a cabo la correspondiente «revisión»⁴³ de la misma con arreglo a lo establecido en el Título X. En particular, los artículos 167 y 168 determinan los procedimientos y mayorías cualificadas que deberán concurrir para que sea aprobada la requerida

42. La prestación del consentimiento del Estado en obligarse mediante tratados constituye, en efecto, tanto en el plano internacional como en el interno, un acto jurídico único que, a semejanza de lo que la doctrina administrativa denomina actos complejos, puede requerir para su perfección la intervención de tres voluntades jurídicamente distintas: la de las Cortes que autorizan, la del Gobierno que decide y la del Rey que manifiesta el consentimiento del Estado español al tratado. Por lo que hace, en particular, al régimen de «autorización» parlamentaria al que se refieren los arts. 93 y 94 de la Constitución, conviene subrayar que ésta debe entenderse como una autorización *ad hoc* para expresar el consentimiento del Estado español en obligarse por un tratado determinado; en el supuesto de que cupiera la posibilidad de una autorización anticipada para otorgar el consentimiento estatal a un tratado *in fieri*, tal delegación de competencias normativas de las Cortes debería someterse en todo caso *mutatis-mutandis* a los requisitos establecidos al efecto en los artículos 83 y 84 de la Constitución.

43. Aunque este sea el término empleado por el propio artículo 95, parece obvio que su propósito no es el de referirse exclusivamente a la «revisión» de la que trata específicamente el artículo 168, sino a la «reforma» de la Constitución de la que se ocupa genéricamente el Título X de la misma.

reforma constitucional, siendo digno de ser subrayado que la necesaria participación de las Cortes Generales podrá conducir incluso el *referéndum* de todos los ciudadanos en los términos establecidos en los artículos 167, párrafo 3 y 168, párrafo 3.

Cabría plantear aquí, a propósito del artículo 96, la vieja y algo bizantina cuestión de la jerarquía entre el tratado internacional y la Constitución interna. En esencia, y con buen criterio, el artículo que nos ocupa parece haber dejado la contienda en tablas. El tratado puede ser contrario a la Constitución, lo cual parece indicar una cierta primacía internacionalista⁴⁴, pero su celebración requerirá la previa reforma constitucional, lo cual restituye a la norma básica interna su jerarquía inicial. Internacionalistas y constitucionalistas pueden sentirse igualmente gratificados sin que en nada deba resentirse la práctica, que ha quedado en todo caso claramente fijada.

No ha quedado, sin embargo, suficientemente claro en el texto del artículo 95 el modo en que deberá expresarse el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado de esta índole una vez que se haya obtenido la previa revisión constitucional. En concreto, la duda que podría suscitarse es la de si el trámite de reforma constitucional agota ya en sí mismo el ámbito de la intervención parlamentaria, o si, por el contrario, la definitiva prestación del consentimiento del Estado en obligarse requerirá la ulterior autorización de las Cortes en los casos en que ésta sea preceptiva en base a los artículos 93 y 94. En definitiva, aunque los términos del artículo no resuelven expresamente la cuestión, una atenta consideración del contexto y de la finalidad de la disposición parece deber llevarnos a la conclusión de que el ámbito de intervención parlamentaria que se pretende establecer queda en todo caso suficientemente garantizado por la cualificada participación de las Cámaras en el necesario proceso de revisión constitucional, de modo que, una vez obtenida ésta, el Gobierno puede proceder a expresar el consentimiento del Estado en obligarse sin que ello requiera ya una nueva intervención de las Cortes Generales.

Por lo demás, lo que sí deja bien claro el artículo 95, párra-

44. La Constitución holandesa de 1956 va más lejos aún en este sentido al afirmar en su artículo 63 que: «si el desarrollo del orden jurídico internacional lo exige, el contenido de un tratado puede desviarse de ciertas disposiciones de la Constitución. En dichos casos sólo puede prestarse la aprobación explícita; las Cámaras de los Estados Generales no aprobarán un proyecto de ley a dicho efecto, a no ser con una mayoría de dos tercios de los votos emitidos».

fo 2, es que el órgano competente para determinar si un tratado contiene o no estipulaciones contrarias a la Constitución es el Tribunal Constitucional; con esta disposición, y a diferencia de lo que ocurre con los restantes artículos de este Capítulo, el texto constitucional ha determinado de modo expreso cuál es la instancia cualificada para resolver la cuestión de la calificación de los tratados contrarios a la Constitución, precisión que puede contribuir grandemente a la evitación de graves problemas en el futuro.

- b) Tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (Artículo 93).

Aunque la redacción de este artículo haya quedado algo aliviada a lo largo del proceso de elaboración de la Constitución⁴⁵, lo cierto es que éste adolece todavía hoy de un cierta penuria terminológica que hace difícil su comprensión cabal.

En efecto, la referencia a una «organización» o «institución» internacional es en gran medida redundante y enturbia el entendimiento del significado del artículo. Por lo demás, tampoco queda suficientemente claro cuál es en realidad la naturaleza de la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (todas las competencias derivan de la Constitución) a la que se refiere el artículo 93. La doctrina internacionalista suele distinguir en este punto entre los supuestos en que la pertenencia a una organización implica sólo una limitación de las competencias del Estado (caso de las Organizaciones internacionales en sentido genérico) y los supuestos en que el ingreso en la organización significa una verdadera transferencia de ciertas competencias (caso de las Organizaciones internacionales de carácter supranacional). Desde esta perspectiva, la ambigüedad de los términos empleados por el art. 93 hace

45. Particular mención merece en este sentido la eliminación de los términos «en régimen de paridad» que figuraban en las primitivas versiones del artículo y cuyo sentido era difícilmente comprensible: «la expresión en régimen de paridad» es confusa, no tiene tradición en Derecho internacional y puede prestarse a interpretaciones que hagan inútil este artículo. Si está pensado, por ejemplo, para la entrada de España en el Mercado Común, no se podría pedir paridad sino proporcionalidad en el número de representantes... y habría una dificultad constitucional para firmar el tratado». Senado, *Proyecto de Constitución, Índice de enmiendas*, n.º 341 del Grupo Independiente, primer firmante SÁNCHEZ AGESTA, pp. 149-150. Vide igualmente *ibid* enmienda n.º 1068 de los socialistas del Senado, p. 446.

difícil determinar si los tratados allí contemplados pretenden ser aquellos por los que se atribuye el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a las Organizaciones internacionales en general, a las Organizaciones supranacionales en particular, o tanto a las unas como a las otras, tal como la referencia *in fine* a «los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión» parece establecer.

En definitiva, lo que el artículo 93 de la Constitución parece haber querido decir, aunque lo haya hecho con escasa fortuna e innegable ambigüedad (quizás no del todo fortuita), es que la prestación del consentimiento del Estado español en obligarse mediante un tratado que confiera el ejercicio de competencias soberanas a un organismo internacional⁴⁶ sólo podrá efectuarse con la autorización de las Cortes otorgada mediante Ley Orgánica⁴⁷, es decir, con el voto favorable de la mayoría absoluta del Congreso (Art. 81, párr. 2).

Un punto que fue discutido a lo largo de los trabajos de elaboración de la Constitución fue el de si la prestación del consentimiento en obligarse mediante tratados que atribuyan a un organismo internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución requeriría también el recurso al *referéndum* de todos los ciudadanos⁴⁸. La respuesta a esta cuestión, que se presentará con particular acritud el día en que deba afrontarse la conclusión del tratado por el que se realice la eventual integración española en las Comunidades Europeas o, en su caso, en la OTAN, parece haber quedado encuadrada en las siguientes coordenadas. Por un lado, el artículo 93 exige únicamente que la prestación del consentimiento del Estado español en obligarse mediante un tratado de esta naturaleza sea autorizada mediante Ley Orgánica, por lo que el recurso al *referéndum* no es en principio imperativo. Sin embargo, el artículo 92 establece por su parte que las decisiones políticas de especial trascendencia

46. También en el artículo 93 la expresión «celebración» debe entenderse no en el sentido de la elaboración material del tratado sino en el que se refiere a la prestación del consentimiento del Estado en obligarse.

47. De nuevo aquí, la autorización mediante Ley Orgánica requerida por el artículo 93 dejará expedita la vía para que el Gobierno proceda directamente a la prestación del consentimiento del Estado español en obligarse por un tratado de esta índole, sin que sea necesaria ya una ulterior intervención de las Cámaras.

48. Vide a este respecto las intervenciones contrapuestas de los senadores MORÁN LÓPEZ y VILLAR ARREGUI (Cortes, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 6 de septiembre de 1978 (n.º 50), pp. 2.323-2.325), debate que se reprodujo en el Pleno esta vez entre los senadores MORÁN LÓPEZ y BALLARÍN MARCIAL (Cortes, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión plenaria de 30 de septiembre de 1978 (n.º 63), pp. 3.148-3.150).

podrán ser sometidas a *referéndum* consultivo de todos los ciudadanos, por lo que el recurso a la consulta popular es en todo caso constitucionalmente posible y resultará incluso jurídicamente necesaria en los casos en que así lo decidan las instancias determinadas en el artículo de referencia.

Por lo demás la interpretación del artículo 93 de la Constitución plantea todavía otras cuestiones que por razones metodológicas nos limitamos a enunciar ahora, dejando su tratamiento para un momento ulterior. En primer lugar el artículo en cuestión no especifica cuál es el órgano competente para determinar si un tratado concreto pertenece o no a la categoría contemplada, problema de calificación que por ser común al artículo 94 examinaremos detalladamente al ocuparnos del mismo. Por otro lado, el artículo 93 ha visto complicada su redacción con la adición por parte de la Comisión Mixta Congreso-Senado de una segunda frase que no viene en definitiva sino a enturbiar todavía más la difícil comprensión del mismo. Sin embargo, la frase añadida no se refiere en realidad a la celebración de los tratados de que se trata sino a la garantía de su cumplimiento así como del «derecho derivado» de los mismos, cuestiones que, por afectar fundamentalmente al tema de la integración de las normas establecidas en los tratados en el Derecho interno español, encuentran sus *sedes materiae* apropiada en la sección siguiente de este trabajo⁴⁹.

- c) Tratados que por razón de la materia requieren para su conclusión la previa autorización de las Cortes (art. 94,1).

El artículo 94 de la Constitución enumera en su párrafo 1 las diversas categorías de tratados que, por la especial relevancia de las materias objeto de los mismos, requieren para que el consentimiento del Estado español sea válidamente expresado la previa autorización de las Cortes Generales.

A este respecto, conviene señalar en primer lugar que, eliminada del texto constitucional la referencia a que la autorización de las Cortes debía formalizarse «mediante ley»⁵⁰, la aprobación

49. *Vide infra*.

50. Cf. Anteproyecto de Constitución, art. 55, párrafo 2, BOC n.º 44, 5 de enero de 1978. El informe de la Ponencia de 17 de abril de 1978 eliminó la referencia a que la autorización de las Cortes debía realizarse «mediante ley» y, pese a que ello suscitó algunas opiniones desfavorables, este requisito ya no fue reintroducido a lo largo de los trabajos preparatorios de la Constitución ni figura hoy en el texto de la misma.

parlamentaria requerida se adoptará no en base a los procedimientos y mayorías previstas en el Título III, Capítulo II relativo a la «elaboración de las leyes», sino por «mayoría de cada una de las Cámaras» con arreglo al procedimiento expresamente determinado en el artículo 74, párrafo 2.

Por lo que respecta a la enumeración de tratados (y convenios⁵¹) establecida en el texto de referencia las cuestiones más debatidas han sido las relativas a la inevitable ambigüedad de las categorías recogidas y a sus posibles encabalgamientos mutuos⁵². Sobre este punto no cabe sino añadir que las distintas materias señaladas distan efectivamente mucho de presentar unos contornos precisos y que los posibles encabalgamientos mutuos entre las diversas categorías de tratados descritos no se limitan únicamente a los enumerados en los diferentes apartados del artículo 94⁵³ sino también —y esto es ciertamente más grave— a los recogidos en los artículos 93 y 95⁵⁴. En defi-

51. Pese a que históricamente la utilización de términos distintos haya podido tener una cierta significación (así, por ejemplo, el Presidente de los Estados Unidos ha logrado eludir el imperativo constitucional de que los *treaties* fueran aprobados por el Senado, concluyendo por su sola autoridad lo que él denominaba *executive agreements*), lo cierto es que la referencia del artículo 94 de nuestra actual Constitución a las expresiones «tratado» y «convenio» no parece revestir excesivo sentido en un momento en que está definitivamente claro que la naturaleza del negocio jurídico de que se trata depende de la substancia del mismo y no del nombre que se le haya querido dar. En efecto, siguiendo un criterio bien establecido en el Convenio de Viena de 1969 (art. 2, párrafo 1), el Decreto 801/1972 de 24 de marzo afirma en su art. 2, apartado a) que: «Se entiende por "tratado internacional" el acuerdo regido por el Derecho internacional y celebrado por escrito entre España y otro u otros Estados (u Organismos internacionales...) cualquiera que sea su denominación particular» (subrayado añadido). Por lo demás, parece claro en cualquier caso que las disposiciones constitucionales relativas a los tratados —art. 94, pero también arts. 93, 95 y 96— son aplicables no sólo a los convenios que tengan aquella consideración formal (los realizados en forma escrita), sino también a cualesquiera acuerdos internacionales (por ejemplo, los acuerdos verbales) que vinculen al Estado español, cualquiera que sea su denominación particular.

52. «La expresión 'de carácter político' es indeterminada. Desde luego, son de carácter político los que afecten a la integridad territorial o a los derechos y deberes fundamentales, o los que impliquen obligaciones para la Hacienda Pública, pero estos están recogidos ya en otro apartado». Senado, *Proyecto de Constitución, Índice de enmiendas*. Enmienda n.º 342 del Grupo Independiente (primer firmante SÁNCHEZ AGESTA). p. 150.

53. Así, por ejemplo, el Tratado de amistad y cooperación de los Estados Unidos de 24 de enero de 1976 y sus acuerdos complementarios —cuya renovación deberá producirse en el año 1981— son al propio tiempo de carácter político, militar, afectan a la integridad territorial del Estado (bases USA en territorio español), implican obligaciones financieras para la Hacienda Pública y posiblemente suponen modificación o derogación de alguna ley o exigen medidas legislativas para su ejecución.

54. Así, por ejemplo, un Tratado por el que se operase la eventual integración de España a la OTAN no sólo respondería a varias de las ca-

nitiva, el problema que ello suscita es el de la calificación del tipo del tratado de que se trata en cada caso concreto, problema que no ha sido expresamente resuelto por las disposiciones de referencia y que, por presentarse con mayor acuidad en relación con los tratados a los que se refiere el párrafo 2 del artículo 94, será examinado con mayor detenimiento al ocuparnos del mismo.

Por lo demás, la interpretación de lo dispuesto en el artículo 94, párrafo 1, plantea todavía dificultades particulares en lo que afecta al apartado e), a cuyo tenor la autorización de las Cortes será también preceptiva para expresar el consentimiento del Estado en obligarse mediante tratados que «supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución». Suprimida la enumeración de materias «propias de ley» contenida en el artículo 72 del Anteproyecto de 5 de enero de 1978 y no figurando tal reserva legislativa en los diversos textos elaborados a partir del Informe de la Ponencia de 17 de abril de 1978, el principio que parece regir hoy en este punto es el de la potencial universalidad de la ley⁵⁵. Así las cosas, la comprensión de la disposición contenida en el artículo 94, 1, e) de la Constitución resulta ciertamente dificultosa: en efecto, el régimen constitucional parece haber perseguido en este punto el contradictorio propósito de salvaguardar la esfera

tegorías enunciadas en el artículo 94, sino que podría también considerarse como un tratado que atribuye competencias derivadas de la Constitución (de orden militar en este caso) a una organización internacional en el sentido de lo dispuesto en el artículo 93. Asimismo, el futuro tratado de adhesión a las Comunidades Europeas no sólo reunirá varias de las características enumeradas en el art. 94, sino que será el tipo mismo de los previstos en el artículo 93 e incluso podría sustentarse su inclusión en el ámbito del artículo 95 si resultase que la atribución del «ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» operado por el tratado era de tal envergadura que hacía a algunas de sus disposiciones susceptibles de ser calificadas de «contrarias a la Constitución».

55. El artículo 72 del Anteproyecto fue, en efecto, suprimido por la Ponencia en su Informe de 17 de abril de 1978 «con la oposición expresa del representante del Grupo de Alianza Popular y la manifestación de los representantes del Grupo de Unión de Centro Democrático sobre la conveniencia de mantener algún sistema de reserva reglamentaria» *Boletín Oficial de las Cortes* n.º 82, p. 1.564. El delicado tema de la «reserva de ley» quedó así substancialmente indeterminado en el texto constitucional que sólo contiene una enumeración expresa de las materias que deben ser objeto de Ley Orgánica (art. 81) y alguna ambigua referencia episódica a otras materias que deben regularse por Ley ordinaria (p. ej. art. 52). Fuera de estos casos, el ámbito legislativo no se halla expresamente delimitado aunque el principio básico subyacente parece ser el de la potencial universalidad de la Ley. Sin embargo, ante la indeterminación constitucional, este principio puede verse progresivamente desvirtuado por una práctica expansiva de la acción gubernamental en detrimento de la competencia legislativa (potencialmente ilimitada) de las Cortes.

de la competencia legislativa que corresponde por derecho propio a las Cortes (artículo 94, párrafo 1, e) y permitir al propio tiempo que el Gobierno concluya por su sola autoridad determinados tratados (artículo 94, párrafo 2), cuyas disposiciones tienen en nuestro ordenamiento una autoridad superior a las leyes (*vide infra*). Bajo estas condiciones, y considerando sobre todo que el ámbito propio de la ley es en nuestra Constitución potencialmente ilimitado, resulta difícil imaginar cuáles puedan ser en la práctica los tratados que queden fuera del marco del artículo 94, 1, e, por no suponer modificación o derogación de alguna ley ni exigir (previsiblemente) medidas legislativas para su ejecución⁵⁶.

- d) «Restantes» tratados cuya conclusión requiere únicamente la inmediata información de las Cortes (artículo 94, 2).

A tenor de lo dispuesto en el artículo 94, párrafo 2 de la Constitución, la prestación del consentimiento del Estado en obligarse mediante los «restantes» tratados (es decir, aquellos que no pertenecen a las categorías enumeradas en los artículos 93, 94, párrafo 1 y 95) puede ser válidamente efectuada sin que medie alguna de las Cámaras que sólo deberán ser informadas «inmediatamente» (es decir, *a posteriori*) de la conclusión de los mismos.

El establecimiento de cuáles sean estos «restantes» tratados plantea de modo frontal un problema que estaba latente en las consideraciones relativas a los artículos 93 y 94, párrafo 1 y cuyo tratamiento se hace ahora ineludible: el de la determinación del órgano competente para la calificación de la naturaleza del tratado⁵⁷.

56. Los únicos supuestos que cabría imaginar *in extremis* en este apartado son: 1) aquellos tratados que por referirse a cuestiones de carácter exclusivamente internacional no son por su propia naturaleza susceptibles de aplicación en el orden interno ni, por ende, capaces de interferir en el ámbito de la ley ni de generar una acción legislativa (por ejemplo el Convenio de las N. U. de 27 de enero de 1967 relativo a la exploración y utilización del espacio extra-atmosférico incluida la luna y otros cuerpos celestes); 2) aquellos tratados que por versar sobre materias que el Gobierno hubiere anteriormente regulado mediante disposiciones de rango no legislativo, no supondrían modificación o derogación de alguna ley ni exigirían, presumiblemente, medidas legislativas para su ejecución.

57. Respecto de la triste situación a la que condujo durante el anterior período constitucional el arbitrario uso del poder de calificación del Gobierno frente a la pasividad de las Cortes véase REMIRO BROTONS, *op. cit.*, pp. 29 y sig.

En principio, podría pensarse que corresponde al Gobierno que según el artículo 97 de la Constitución «dirige la política exterior» la competencia para calificar la naturaleza específica de un tratado determinado. Sin embargo, las Cortes Generales, que a tenor del artículo 66, párrafo 2, «controlan la acción del Gobierno», podrían considerar que la calificación efectuada por éste es improcedente y propugnar una calificación distinta. Esta divergencia de pareceres entre el Gobierno y las Cortes constituye una modalidad particular de conflicto de competencias que, por no haber sido expresamente resuelta en los artículos correspondientes a los tratados internacionales, puede conducir a situaciones difíciles. Limitándonos al supuesto de que la calificación operada por el Gobierno considerase a un tratado como uno de los «restantes» a los que se refiere el artículo 94, párrafo 2, y que procediera a su conclusión por su sola autoridad informando únicamente de ello a las Cámaras, ¿cómo debería resolverse la cuestión planteada en el caso de que éstas estimasen que el tratado en cuestión no era en realidad de la categoría determinada por el Gobierno y que la válida expresión del consentimiento del Estado hubiera requerido la previa autorización de las Cortes?

Ante una situación como la descrita, por analogía con lo dispuesto en el artículo 95 con relación a los tratados que contienen estipulaciones contrarias a la Constitución, la solución más adecuada sería sin duda la de acudir al Tribunal Constitucional para que éste determinara la naturaleza específica del tratado debatido⁵⁸. Sin embargo, al no haber sido expresamente establecida en los artículos 93 y 94, la jurisdicción del Tribunal Constitucional en esta materia sólo podría producirse en base a lo dispuesto en el artículo 161, párrafo 1, a, que determina su competencia para conocer «del recurso de inconstitucionalidad contra disposiciones normativas con rango de ley». Como quiera que, como luego veremos, los tratados internacionales poseen sin duda el rango normativo requerido, los supuestos de conflicto de competencias relativos a la calificación de un determinado tratado podrán ser dirimidos en última instancia por el Tribunal Constitucional. Con todo, la falta de previsión de nuestros constitucionalistas en este punto lleva

58. Pues es claro que los recursos, más nominales que reales, existentes durante el período constitucional anterior, y en particular los establecidos por la Ley de 14 de julio de 1972 sobre resolución de conflictos entre los órganos del Estado, no tienen ya ni *de facto* ni *de iure* cabida en el marco de la nueva Constitución.

a la situación poco deseable de que la intervención del Tribunal Constitucional no se plantee como un proceso de calificación previo a la celebración del tratado sino como un recurso por inconstitucionalidad posterior a la conclusión efectiva del mismo. Esta regulación favorece sin duda una política gubernamental de hechos consumados sólo paliada por la posibilidad de un ulterior recurso de inconstitucionalidad que tendría por efecto eventual el de invalidar el consentimiento dado al tratado, debiéndose luego proceder a restablecer la situación inicial, con los consiguientes problemas que tanto en el orden internacional como en el interno ello habría de plantear.

Con todo, la cuestión parece haber entrado definitivamente en vías de solución con la adopción de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 (B.O.E. de 5 de octubre) cuyo artículo 59 atribuye expresamente a este alto órgano jurisdiccional la capacidad para entender «de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones (del) Gobierno (con) el Congreso de Diputados (o) el Senado», conflictos que habrán de solventarse con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 73 a 75 de esta misma Ley. En la medida en que los conflictos de competencia relativos a la calificación de un tratado constituyen uno de los supuestos de los «conflictos constitucionales» contemplados por los artículos de referencia y en la medida, también, en que las actuaciones del Tribunal Constitucional parecen presentar una eficacia suspensiva del proceso de prestación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, la espinosa cuestión inicialmente planteada parece haber quedado ya felizmente regulada.

3. *Derogación, modificación, suspensión y denuncia de los tratados.*

El artículo 96 del texto constitucional regula —además del tema de la integración de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento interno— la cuestión de las diversas modalidades por las que puede operarse una alteración de la vinculación convencional del Estado español: derogación, modificación, suspensión y denuncia de los tratados.

Conviene subrayar a este respecto que las diferentes formas de modificación de la eficacia vinculante de un tratado, casuística y rigurosamente delimitadas en el Convenio de Viena de 1969 (enmienda, modificación, nulidad, terminación, retiro,

denuncia y suspensión de su aplicación)⁵⁹, han quedado reducidas aquí a un elenco *sui generis* de incidencias sin correspondencia clara con las establecidas en el citado Convenio sobre el Derecho de los Tratados y sin que en alguna ocasión sea fácilmente inteligible su sentido específico (así, la derogación).

Con todo, lo que sí parece claro en cualquier caso es que los dos párrafos del artículo 96 de nuestra Constitución deben entenderse como respondiendo a una situación de vasos comunicantes: lo dicho en el párrafo 1 sobre las condiciones de orden internacional que deben concurrir para que sea posible la derogación, modificación o suspensión de un tratado, valen igualmente para la denuncia a la que se refiere el párrafo 2 de este artículo; inversamente, el procedimiento establecido en este último párrafo para el supuesto de denuncia se aplicará asimismo a los casos de derogación, modificación y suspensión previstos en el párrafo primero.

Así las cosas, el artículo 96 de la Constitución queda reducido en este punto a dos reglas simples pero fundamentales. En primer lugar, que toda posibilidad de derogación, modificación, suspensión o denuncia de un tratado está en cualquier caso condicionada a su legitimidad con arreglo al Derecho internacional. En segundo lugar, que tal derogación, modificación, suspensión o denuncia de un tratado internacional se realizará por el mismo procedimiento que hubiera sido utilizado para su celebración.

El propósito de esta disposición es sin duda jurídica y políticamente encomiable por cuanto no sólo se ha hecho profesión expresa de acatamiento internacionalista, sino que, para evitar que se reprodujeran en este punto los males del período constitucional anterior, se ha querido atribuir a las Cortes Generales en materia de derogación, modificación, suspensión y denuncia unas competencias paralelas a las que le corresponden en materia de celebración de tratados. Con todo, sin duda por los apresuramientos con que se elaboró esta parte del texto constitucional, lo cierto es que el principio del «acto contrario» ha quedado configurado aquí de un modo todavía algo deficiente. En efecto, la referencia expresa a que la denuncia de los tratados se realizará por el mismo procedimiento previsto para su aprobación «en el artículo 94» parece ignorar

59. *Vide* al respecto las Partes IV y V del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

de modo flagrante que otros tratados, sin duda más trascendentes, tienen previsto un procedimiento específico de celebración en los artículos 93 y 95. Ante esta notoria inconsistencia del texto constitucional, el intérprete se encuentra ciertamente perdido. La lógica jurídica más elemental parece, en efecto, indicar que los tratados por los que se hubieren atribuido competencias derivadas de la Constitución a una institución internacional o aquellos que contuvieren disposiciones contrarias a la Constitución, deberán requerir para su denuncia la misma Ley Orgánica o la misma reforma constitucional que fueron respectivamente necesarias para su celebración. Sin embargo, el texto expreso del artículo 96, párrafo 2 requiere sólo que tal denuncia se opere mediante la misma y simple autorización de las Cortes Generales que es preceptiva para la celebración de los tratados enumerados en el artículo 94 y que son por definición de naturaleza jurídica diferente a los que en los supuestos planteados se quiere denunciar.

B. INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS ESTABLECIDAS EN LOS TRATADOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO.

El tema de la integración de las normas establecidas en los tratados internacionales en el ordenamiento interno español plantea dos cuestiones fundamentales: la del rango jerárquico que tales normas tendrán en nuestro sistema jurídico y la de las condiciones en que deberá efectuarse su aplicación por las autoridades y tribunales internos.

1. *Rango jerárquico.*

La primacía de las normas establecidas en los tratados internacionales sobre el resto de disposiciones del ordenamiento interno constituye un principio básico del Derecho internacional, progresivamente incorporado al constitucionalismo moderno⁶⁰ y que se halla bien enraizado en nuestra propia tradición jurídica.

60. Cf. Constitución de los Estados Unidos de América, art. VI, párrafo 2; Constitución francesa de 1946, art. 28; Constitución francesa de 1958, art. 55; Constitución holandesa revisada en 1956, art. 66; Constitución griega de 1975, art. 28; Constitución portuguesa de 1976, art. 8, párrafo 2. *Vide* también DE VISSCHER, P.: *Op. cit.*, pp. 534-570.

Especial mención merece en este sentido el artículo 65 de la Constitución republicana de 1931 que estableció en los términos más rotundos la primacía del Derecho internacional convencional y su aplicación preferente en el ordenamiento interno:

«Todos los Convenios Internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en aquéllos se disponga.

Una vez ratificado un Convenio Internacional que afecte a la ordenación jurídica del Estado, el Gobierno presentará, en plazo breve, al Congreso de los Diputados, los proyectos de ley necesarios para la ejecución de sus conceptos.

No podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos Convenios, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido.

La iniciativa de la denuncia habrá de ser sancionada por las Cortes.»

Frente a tan marcado internacionalismo resalta la penuria de las Leyes Fundamentales que, por olvido o por designio, no contenían referencia alguna al rango jurídico que en el orden interno revisten las normas derivadas de tratados internacionales. Sin embargo, pese al vacío constitucional, el principio tradicional de la primacía del Derecho internacional convencional siguió dominando en nuestro Derecho durante el período franquista. Así, siguiendo las directrices marcadas por el Consejo de Estado en su dictamen de 25 de septiembre de 1958⁶¹, nuestro Tribunal Supremo ha reconocido de modo reiterado que:

61. El Consejo de Estado declaró que «los preceptos contenidos en el art. 3.º del Convenio hispano-suizo de 1879 sobre establecimientos de súbditos de Suiza en España, ha de prevalecer sobre las normas contrarias contenidas en el Decreto de 14 de diciembre de 1956». De un modo general, el Dictamen en cuestión señaló también que: «a) En caso de oposición entre los preceptos de un convenio internacional y los de cualquier norma interna han de prevalecer aquellos sobre éstos. b) Los preceptos contenidos en un Convenio internacional no pueden ser eficazmente modificados por una disposición de Derecho interno, sea una disposición anterior o posterior a aquel Convenio c) Los preceptos contenidos en un convenio internacional son eficaces directamente, sin necesidad de ser promulgados por el ámbito interior de un Estado, como Ley interna del mismo». Cf. Consejo de Estado, *Recopilación de Doctrina Legal*, 1958-59, Madrid 1961, pp. 228-292.

«los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente pactado (llámese Tratado, Convenio, Protocolo o de otro modo) tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes del Derecho interno que pudieren diferir en lo estipulado»⁶².

Por lo demás, la adopción del nuevo Título preliminar del Código Civil cuyo artículo 1, apartado 5, proclama la aplicabilidad directa de las normas convencionales debidamente publicadas, no pudo por menos que otorgar un nuevo impulso a la línea internacionalista seguida por nuestra jurisprudencia a cuyo tenor las normas establecidas en los tratados tienen un rango jerárquico superior al resto de las disposiciones legales del ordenamiento interno español⁶³.

Conscientes de esta orientación y deseosos de mantener la alineación internacionalista propia de una Constitución democrática, los redactores del Anteproyecto constitucional afirmaron en el artículo 6, apartado 1, que los tratados internacionales poseen en el ordenamiento interno una «jerarquía superior a la de las leyes», estableciendo en el apartado 2 el corolario de

62. Sentencia del T. S. (Sala 4.ª) de 27 de febrero de 1970. Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia* 1970, n.º 660. En la misma línea cabía citar una larga serie de sentencias del T.S. tan sólo contradichas de modo esporádico por alguna decisión heterodoxa que no parece haber truncado el signo internacionalista que ha inspirado en este punto a nuestra jurisprudencia: S. de 6 de diciembre de 1946, Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia* 1946, n.º 1320; S. de 22 de abril de 1947, *Ibid* 1947, n.º 636; S. de 21 de mayo de 1947, *Ibid* 1947, n.º 784; S. de 2 de octubre de 1948, *Ibid* 1948, n.º 1166; S. de 7 de mayo de 1960, *Ibid* 1960, n.º 2131; S. de 11 de junio de 1963, *Ibid* 1963, n.º 2834; S. de 17 de diciembre de 1968, *Ibid* 1968, n.º 5731; S. de 30 de septiembre de 1969, *Ibid* 1969, n.º 384; S. de 10 de enero de 1970, *Ibid* 1970, n.º 123; S. de 15 de enero de 1970, *Ibid* 1970, n.º 130; S. de 27 de febrero de 1970, *Ibid* 1970, n.º 660; S. de 8 de mayo de 1970, *Ibid* 1970, n.º 2538; S. de 19 de mayo de 1970, *Ibid* 1970, n.º 2644; S. de 17 de junio de 1971, *Ibid* 1971; S. de 25 de junio de 1973, *Ibid* 1973, n.º 2849 y n.º 3244; S. de 8 de febrero de 1974, *Ibid* 1974, n.º 441; S. de 17 de junio de 1974, *Ibid* 1974, n.º 1134; S. de 14 de noviembre de 1974, *Ibid* 1974, n.º 4361.

63. Vide GONZÁLEZ CAMPOS, Comentario al Art. 1, 5 en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid (Tecnos) 1977, vol. I., pp. 78-131. Es curiosa, a este respecto la sentencia del T. S. de 14 de noviembre de 1974 (Sala 3.ª) que con notoria ignorancia de una tradición jurídica y jurisprudencial bien establecida, declaró que: «los Tratados internacionales, con independencia de su calificación doctrinal no coincidente no tenían con arreglo a la Ley española, el carácter de fuente directa del Ordenamiento Jurídico, ya que tal categoría sólo la han adquirido después de la Ley de Bases de 17 de mayo de 1973 para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, y concretamente, con el Texto articulado mencionado con fuerza de Ley por Decreto de 31 de mayo de 1974» Cf. Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia* 1974, n.º 4361.

que «sus disposiciones sólo podrían ser derogadas, modificadas o suspendidas (de acuerdo con el) Derecho internacional»⁶⁴.

Contra esta formulación del «valor suprallegal de los tratados internacionales» elevaron su voz algunos administrativistas⁶⁵, empecinados en sus propias preconcepciones, cuyas diatribas anti-internacionalistas fueron recogidas en alguna medida en el seno de las propias Cortes constituyentes. Así, pese a la pobreza de los razonamientos y a la equívoca intencionalidad política que les inspiraba⁶⁶, la fórmula inicial que manifestaba tajantemente que los tratados internacionales poseen una «jerarquía superior a la de las leyes» fue sustituida por una más evasiva redacción del artículo 96 de la Constitución a cuyo tenor los tratados en cuestión «formarán parte del ordenamiento interno».

La fórmula mantenida en la Constitución, por mojonera que sea, no nos parece sin embargo suficiente para considerar que con ella se ha querido invalidar el principio de la jerarquía de los tratados internacionales sobre las disposiciones legislativas internas establecido en nuestra tradición histórica y mantenido, pese al silencio de las Leyes Fundamentales, por la autorizada opinión del Consejo de Estado y por una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Buena prueba de que tal no es el designio de la actual Constitución —aunque hubiera sido el de algunos de los que intervinieron en los debates constituyentes— es el hecho de que el propio artículo 96, apartado 1, subraya que las disposiciones de los tratados internacionales que forman parte del ordenamiento interno «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». Esta disposición constitucional excluye sin duda la posibilidad de que las normas establecidas por me-

64. B.O.C. n.º 44, 5 enero 1978, *Anteproyecto de Constitución y votos particulares*, p. 670.

65. Vide las críticas que las disposiciones del Anteproyecto relativas a la jerarquía suprallegal de los tratados internacionales suscitó en los profesores GARCÍA de ENTERRÍA y GARRIDO FALLA. *El País*, miércoles 18 de enero de 1978, p. 9. Vide también, GARRIDO FALLA, *Las fuentes del derecho y la reserva reglamentaria en el proyecto de Constitución*, en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, pp. 36-40.

66. Recuérdese que las tesis anti-internacionalistas en cuya virtud las leyes internas deberían poseer un rango jurídico superior a las normas establecidas por vía de tratados han cubierto a lo largo del período franquista el designio de preservar la legalidad interna de la dictadura frente a la posible ingerencia democratizadora de ciertos tratados internacionales (por ejemplo, los relativos a la protección de los Derechos Humanos). Cf. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.*, pp. 88-89.

dio de tratados pueden ser desvirtuadas mediante la adopción de disposiciones legislativas en contrario por cuanto, mientras tales tratados continúen estando en vigor según el Derecho internacional, sus normas privan sobre las restantes disposiciones de nuestro ordenamiento que no podrán válidamente derogarlas, modificarlas o suspenderlas.

Con ello el artículo 96 de la Constitución ha reafirmado el principio tradicional en nuestro Derecho según el cual las normas contenidas en los tratados internacionales poseen un rango jerárquico superior a las restantes normas del Derecho interno.

2. *Aplicación por autoridades y Tribunales.*

Sentado el principio del rango suprallegal que poseen en nuestro ordenamiento las normas establecidas en los tratados internacionales, conviene investigar ahora cuáles son los requisitos que deben concurrir para que tales normas sean efectivamente aplicadas por nuestras autoridades y Tribunales internos. El propio artículo 96 de la Constitución subraya a este respecto que los tratados en cuestión deben haber sido «válidamente celebrados» y «publicados oficialmente en España». Con respecto al primero de estos puntos, lo que el artículo 96 de la Constitución pretende significar es que la vinculación internacional del Estado español debe haberse producido de modo regular tanto desde la perspectiva del propio Derecho internacional como de nuestro Derecho interno⁶⁷. Por lo que hace al requisito de la publicación, el artículo 96 de la Constitución, pese a utilizar un lenguaje algo distinto⁶⁸, no parece haber pretendido modificar lo establecido en su día en el nuevo Título preliminar del Código Civil; la regla de esta materia sigue siendo pues la de que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales forman parte del ordenamiento interno y son

67. En este punto el Derecho internacional se remite básicamente al Derecho interno que es en principio el único competente para regular el procedimiento por el que se opera la prestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados. *Vide*, art. 46 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.

68. La redacción del art. 96, párrafo 1 del texto Constitucional es más contundente en sus términos que lo fuera en su día la del nuevo art. 1, párrafo 5 del Código Civil. Por lo demás, el art. 96, párrafo 1 de la Constitución ha omitido especificar que la publicación deba ser «íntegra» y exige sólo que ésta se realice «oficialmente» en España sin mencionar expresamente al Boletín Oficial del Estado.

de aplicación directa en España una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado⁶⁹.

Con todo, la cuestión de la aplicación directa de las normas contenidas en los tratados internacionales plantea ciertas dificultades que, lejos de haber quedado definitivamente zanjadas en la nueva Constitución, han sido por el contrario enturbiadas por la poco comprometida redacción del artículo 96 y por la ambigüedad de las aportaciones de última hora incorporadas (indebidamente) al artículo 93⁷⁰.

La primera de las cuestiones que se plantean en este terreno se refiere a la susceptibilidad de las disposiciones contenidas en los tratados para ser efectivamente objeto de aplicación directa en el ordenamiento interno español. Cuando tal sea el caso (tratados *self-executing*), la interpretación conjunta de lo dispuesto en el artículo 1, párrafo 5, del Código Civil y en el artículo 96 de la Constitución de 1978 debe llevarnos sin duda a la conclusión de que el tratado crea directamente derechos y obligaciones que deben ser tuteladas y sancionadas por las autoridades y Tribunales internos⁷¹. Cuando por su propia naturaleza las disposiciones contenidas en el tratado no sean susceptibles de aplicación directa (tratados *not self-executing*), se deberán adoptar inmediatamente en el orden interno las disposiciones legislativas que sean precisas para posibilitar su aplicación por las autoridades y Tribunales españoles⁷². Así, la afirmación añadida en el último momento al artículo 93 a cuyo tenor «corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno según los casos la garantía del cumplimiento de estos tratados», debe

69. Esta es la interpretación que, pese a la ambigua redacción del precepto imperaba en la doctrina jurídica española desde la adopción del nuevo artículo 1, párrafo 5 del Código Civil. Cf. RODRÍGUEZ ZAPATA, *op. cit.*, pp. 269-294; GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.*, pp. 78-131; BATLLE VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Jaén 1978, t. I, p. 62. El artículo 96, párrafo 1 del texto constitucional actual ha venido así a confirmar las tesis de quienes, superando las interminables querellas teóricas entre «monistas» y «dualistas», han llegado a la conclusión de que el Derecho positivo español no establece un sistema de «recepción especial» de las normas contenidas en los Tratados internacionales; la integración de estas normas en nuestro ordenamiento interno se produce pues de forma «automática» y adquieren plena vigencia desde su publicación en el BOE.

70. En efecto la *sedes materiae* apropiada para esta disposición sería en rigor el artículo 96, párrafo 1, que se ocupa con carácter general del tema de la integración de las normas de Derecho internacional convencional en el ordenamiento interno español.

71. En tal sentido se pronuncia expresamente la Circular de la Fiscalía del Estado citada *supra* nota (19).

72. Vide al respecto *passim* GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.*, pp. 124-126.

entenderse referida no sólo a aquellos por los que se transfiera el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a una Organización o Institución internacional, sino a cualesquiera tratados que, por la razón que fuere, no sean susceptibles de aplicación directa y requieran por tanto medidas legislativas de desarrollo.

La segunda cuestión que se plantea en punto a la aplicación del Derecho internacional convencional en el ordenamiento interno español se refiere al problema del llamado «derecho derivado»; es decir, a las resoluciones obligatorias adoptadas por los organismos internacionales creados en virtud de un tratado internacional. Siguiendo al profesor González Campos que propugnaba ya esta tesis en su comentario al nuevo artículo 1, párrafo 5, del Código Civil⁷³, nuestra opinión es en este punto que la celebración de un tratado internacional a cuyo tenor se otorga a un organismo internacional la capacidad para adoptar resoluciones obligatorias, confiere ya *hic et nunc* a tales resoluciones el carácter de normas directamente aplicables en nuestro ordenamiento a partir del momento de su publicación oficial en España⁷⁴. Así, cuando las resoluciones obligatorias adoptadas en base a un tratado válidamente celebrado y publicado sean susceptibles de aplicación directa (*self-executing*) las autoridades y Tribunales españoles deberán proceder a su aplicación inmediata a tenor de lo dispuesto en el artículo 96, párrafo 1, de la actual Constitución en relación con el artículo 1, párrafo 5, del Código Civil. Por lo demás, cuando tales resoluciones no sean efectivamente susceptibles de aplicación directa (*not self-executing*), corresponderá al Gobierno y a las Cortes Generales la garantía del cumplimiento de las

73. Cf. GONZÁLEZ CAMPOS, *Op. cit.*, pp. 111-114.

74. Esta interpretación parece poderse deducir válidamente de lo dispuesto en los artículos 96, párrafo 1, y 93 *in fine* del texto constitucional. Con todo, hubiera sido preferible que la actual Constitución española contuviese una disposición más explícita en este sentido, siguiendo el modelo establecido por la Constitución de los Países Bajos, revisada en 1956 (art. 67 en relación con los 65 y 66). Por lo que hace al requisito de la publicación, establecido con carácter general en el artículo 96, párrafo 1, de nuestra actual Constitución, que confirma lo dispuesto en el art. 1, párrafo 5 del Código Civil, parece claro que en principio tal requisito condiciona tanto la aplicación de los tratados como la del «derecho derivado» de los mismos. En Francia, por el contrario, el Decreto 53-192 de 14 de marzo de 1953 excluye la necesidad de publicar en el *Journal Officiel* los «reglamentos» que hubieran sido publicados en el *Bulletin Officiel* de la Organización internacional, que serían desde ese momento directamente aplicables. Cf. RIDEAU, *Droit international et droit interne français*. París 1971, pp. 23 y sig., pp. 64-66.

mismas, para lo cual deberán proceder de inmediato a la adopción de las medidas de desarrollo que hagan posible su aplicación en base a lo dispuesto en el artículo 93 *in fine* de la Constitución que, como hemos visto antes, puede aplicarse de modo genérico a cualesquiera categorías de tratados.

Por lo que hace, en particular, a los tratados por los que se atribuye a un organismo internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, las mismas reglas relativas a la aplicación del «derecho derivado» son sin duda aplicables *a fortiori*⁷⁵: las resoluciones *self-executing* adoptadas por los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión, serán directamente aplicables por nuestras autoridades y Tribunales en virtud de lo dispuesto en los artículos 96,1 en relación con el 1,5 del Código Civil; en cuanto a las resoluciones que no sean *self-executing*, los propios términos del artículo 93 de la Constitución están ahí para subrayar la obligación que al Gobierno y a las Cortes incumbe de adoptar las medidas de desarrollo que sean necesarias para que quede garantizado el cumplimiento de las resoluciones en cuestión. Con alguna deficiencia, la «aplicabilidad directa» que caracteriza a las normas emanadas de las Comunidades europeas queda así constitucionalmente prevista en nuestro ordenamiento. Aunque el esfuerzo de aproximación al Derecho europeo no haya sido en este punto todo lo elaborado que hubiere sido deseable⁷⁶, el mínimo armonizador que hace a nuestro país susceptible de integrarse en el mundo jurídico comunitario sí parece haber quedado establecido en todo caso.

CONCLUSIÓN

La Constitución española de 1978, cuyo propósito genérico es el de establecer las pautas del tránsito a la democracia, ha significado en lo que respecta en particular al Derecho de Gentes un designio paralelo de propiciar el paso de un período de aislamiento a una nueva época de apertura internacionalista.

75. Vide al respecto MIAJA DE LA MUELA, *La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho internacional y Derecho comunitario*. Revista de Instituciones Europeas, vol. I, n.º 3, 197, pp. 987-1029.

76. Cf. MEDINA ORTEGA, *La Comunidad europea y el Derecho español*. Libro-Homenaje al profesor Sela Sempil. Oviedo 1970, t. I, pp. 411-430; *El Título preliminar del Código Civil y la participación de España en las Comunidades europeas*. REDI, Vol. XXV (1972), pp. 239-246.

La nueva regulación constitucional, insuficiente en ocasiones, deficiente en otras, tiene en todo caso el mérito esencial de haberse adentrado en la ordenación del «poder exterior», recabando para las Cortes Generales unas competencias que, sobre todo en esta materia, le habían sido *de facto* absolutamente vedadas durante el período constitucional anterior. Las prisas con que necesariamente ha debido llevarse a cabo la elaboración de la nueva Constitución han impedido que sus disposiciones presenten en el plano jurídico los acabados perfiles que hubieren sido deseables. Por lo que hace al Derecho internacional general se echa de menos sobre todo una más explícita proclamación de la prevalencia de sus normas sobre el resto de las disposiciones de nuestro ordenamiento. En lo relativo a los tratados, junto a las carencias, inconsistencias y contradicciones que ya han sido examinadas, cabe señalar aún la de no haber establecido —como fue insistentemente reclamado— la audiencia preceptiva de las Comunidades autónomas para la celebración de aquellos tratados que les afecten de modo particular⁷⁷.

En espera de que la práctica legislativa y jurisprudencial (especialmente del Tribunal Constitucional) nos ilustre sobre el verdadero sentido de las disposiciones constitucionales relativas al Derecho internacional, los comentarios aquí esbozados no tienen otro valor que el de una mera anticipación provisional. Confiemos, en cualquier caso, en que bajo la égida de la nueva Constitución, termine definitivamente el imperio de las «tinieblas exteriores» y los españoles tengamos por fin una mejor información y una mayor influencia en la elaboración de ese Derecho internacional que, cada día más, a todos nos afecta.

77. Vide sobre este punto el debate entre los diputados BARRERA COSTA y HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN en Cortes, *Diario de sesiones del Congreso*, Sesión plenaria de 13 de julio de 1975 (n.º 109), pp. 4219-4222. Los Estatutos de Autonomía del País Vasco (Art. 20, par. 5) y de Cataluña (Art. 27 par. 5) han avanzado algo en este sentido al establecer que las respectivas Comunidades Autónomas «será(n) oída(s) en la celebración de los tratados... en cuanto afecten a materias de su específico interés». Ley Orgánica 3/1979 y 4/1979 de 18 de diciembre (BOE de 22 de diciembre). Vide REMIRO BROTONS, *La actividad exterior del Estado y las Comunidades Autónomas*, en Estudios sobre la Constitución española de 1978, Zaragoza, 1979, pp. 353-377.

